

I - INTRÓITO

O crime nasceu no primeiro momento da humanidade. Com o homem, surgiu o delito. Os filhos de Adão foram autor e vítima do primeiro homicídio - Caim matou Abel. Motivo: a inveja, mal secreto, o pior dos pecados capitais. E Deus, antes de punir Caim, assegurou-lhe o direito de defesa (Gênesis, 4, 9 – 10).

Assim, naquela primeira tragédia humana, inaugurou-se o **direito de defesa**.

Sêneca, três séculos antes de Cristo, já afirmava que ninguém pode ser julgado sem antes ser ouvido.

Todavia, nem sempre se observou este direito natural. A História registra um rol de estúpidas condenações fundadas na vontade absoluta dos que encarnavam o Poder. Dentre milhares, basta que se recordem dos julgamentos de Sócrates, de Jesus Cristo, de São Sebastião, de Luiz XVI, e dos dolorosos tempos dos “Juízos de Deus” (ordálias), da Inquisição e das execuções pós-revoluções.

A literatura retrata essa postura terrível do poder de punir no clássico de Franz Kafka – *O Processo*.

Os gritos do humanismo, que encontraram eco nas vozes de **Hugo Grotius**, de **Beccaria** e de tantos outros, ensejaram a evolução do pensamento que impôs limites ao ***jus puniendi***.

Proscreeu-se, assim, embora em lenta evolução, o nefando sistema inquisitivo, marcado pelo autoritarismo e pelo arbítrio, em que os



juízes exerciam de modo absoluto a judicatura, eram atores únicos do processo, exercendo cumulativamente as funções de acusar, defender e julgar.

Aos poucos, os ventos humanitários foram restabelecendo o direito natural de defesa dos que sofriam acusação criminal. O processo penal passou a receber inspiração na idéia de combate ao delito em si, e não de castigo do homem, na linha dos ensinamentos de Santo Agostinho.

Daí abriu-se espaço para a nova concepção de ser o acusado sujeito de direitos e não mero objeto de investigações dirigidas a uma inevitável condenação.

Nesse novo tempo, tem exponencial relevo o **sistema processual acusatório**, marcado pelo contraditório, que se compõe da trilogia de agentes, titulares das funções essenciais do processo: **a acusação, a defesa e o juízo**.

No sistema em apreço, o direito de defesa situa-se em pedestal de destacada magnitude, proclamado por Rui Barbosa como *“a voz do direito no meio da paixão pública, tão suscetível de se desmaiar, às vezes, pela exaltação de sua nobreza, e que tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenerem em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel”* (apud Darcy de Arruda Miranda, in “Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal”, Max Limonad, I/400, n. 725-A).

Sem o **direito de defesa**, qualquer julgamento é temerário. Sem este sacrossanto e irrecusável direito não há ordem jurídica, não há vida civilizada, não há segurança, não há paz.

Apesar das grandes conquistas humanas que se desenvolveram com os ideais iluministas pregados a partir de Montesquieu, de vez em quando ocorrem retrocessos provocados por



crises institucionais e convulsões sociais que afetam países onde a Democracia e o Estado de Direito já haviam sido incorporados à cultura nacional. Todavia, a humanidade tem buscado luzes para expungir as trevas que levaram tantas vidas inocentes ao martírio, à degradação pública, ao calabouço, ao cadafalso ou à fogueira.

A magnitude do **direito de defesa**, como expressão marcante de franquia democrática, encontra-se excelentemente conceituada em lição de José Frederico Marques: “O direito de defesa, em sua significação mais ampla, está latente em todos os preceitos emanados do Estado, como **substratum** da ordem legal, por ser o fundamento primário da segurança jurídica da vida social organizada (...). É essencial à defesa plena que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigações” (*in* “Estudos de Direito Processual Penal”, Forense, Rio, 1960, pág. 301).

II – O DIREITO DE DEFESA EM NOSSO SISTEMA

Entre nós, sempre prevaleceu a tradição de respeito ao **jus libertatis** como princípio fundamental. Daí porque a nossa cultura incorporou dogmas sagrados do Direito Romano, expressos em lapidares brocardos latinos: ***nulla poena sine judicio; in dubio pro reo; audiatur et altera pars; in dubio pro mitiore; allegare nihil, allegatum et non probare, paria sunt; nemo tenetur se detegere*** e muitos outros, todos afirmativos da magnitude do direito de defesa.

A Constituição do Império (25.03.1824), de origem monocrática, não continha disposição literal sobre o direito de defesa, mas ordenava, em seu art. 179, VIII:

“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, (...) o Juiz por uma nota por ele assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador e os das testemunhas, havendo-as”.

Desse quadro normativo projetava-se, na prática, a obrigatoriedade de garantia do direito de defesa no processo penal.

As Constituições Republicanas, todas, incluíram no seu texto esse princípio.

A primeira (24.02.1891), moldurada pelo gênio de Rui Barbosa, com forte inspiração no modelo americano, estabelecia em seu art. 72, § 16:

“Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”.

A Carta de 16.07.1934, editada sob o calor de revoluções que sepultaram os métodos da “Velha República”, deu ao princípio uma configuração enxuta e expressa:

“A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (art. 113, nº 24)

A Constituição do Estado Novo (10.11.1937), obra de um só pensamento e de um só punho, em razão da sua origem e do seu espírito autoritário, deu ao direito de defesa uma menor amplitude:

“(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa” (art. 122, nº 11).

Com a redemocratização do País, veio a Constituição de 18.09.1946, a mais legítima das nossas Cartas, que dentre um excelente rol de garantias, estabeleceu preciosa regra:

“É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória” (art. 141, § 25).

Em decorrência de novo tropeço democrático, ocorrido em março de 1964, a Nação recebeu nova ordem moldurada pela Carta de 14.01.1967, que dispôs sobre o tema em norma sintética e precisa:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” (art. 150, § 15).

O mesmo preceito foi reeditado, com igual expressão, no art. 153, § 15, da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que reescreveu a Carta anterior por ato de força, o último do regime de exceção instalado em 1964.

Por último, veio a Constituição de 1988, inspirada e esculpida numa fase histórica de reabertura da vida democrática, quando se expeliam as amarras de um longo tempo de restrições ao uso dos instrumentos do Estado de Direito, pacto político que se constituiu, sem dúvida, no mais rico monumento representativo do humanismo no Planeta.

Efetivamente, nenhuma outra Carta Política incorporou no seu texto tantas virtudes dirigidas à dignificação do ser humano. No seu portal de entrada, ao fincar os cinco fundamentos da República, foram colocados em pedestal **a cidadania e a dignidade da pessoa humana**.

Esses dois valores inspiraram essencialmente os cânones que deram corpo ao rol de franquias democráticas definidas no seu artigo quinto, com destaque para o sacrossanto direito de defesa, que recebeu a seguinte fórmula:

“Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

E na instituição do júri, foi assegurada **“a plenitude de defesa” (inciso XXXVIII, a)**.

Como exsurge do citado cânon, conferiu-se ao princípio um campo muito mais abrangente do que o marcado pelas Cartas anteriores. De outra parte, o direito de defesa passou a constituir-se num largo espectro de proteção a quem se encontra sob a mira dos agentes do poder punitivo, em qualquer instância, judicial ou administrativa. E para tornar essa garantia efetiva e real, agregou ao princípio outras garantias que se situam na mesma linha de proteção.

III – O DIREITO DE DEFESA E SUA EFETIVIDADE. GARANTIAS CONEXAS

Outros cânones foram incrustados no capítulo das garantias para conferir maior efetividade ao **direito de defesa**.

São preceitos afirmativos de uma mesma idéia, a proteção e a defesa da pessoa em face de uma acusação.

É interessante que se faça uma breve reflexão sobre cada uma das mencionadas garantias e sua interação com o princípio básico, objeto deste estudo.

a) DIREITO DE PETIÇÃO

“São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”(XXXIV).

O **direito de petição** e o **direito de obtenção de certidões** são franquias que tem por escopo objetivamente o exercício do direito de defesa, impondo-se contra o arbítrio da burocracia, cujo obscurantismo ferrenho consubstancia uma das manchas negras da história do Estado, em todos os mundos e em todos os tempos.

Previstos em menor dimensão em todas as Cartas anteriores (Constituição de 1824, art. 179, XXX; Constituição de 1891, art. 72, § 19; Constituição de 1934, art. 113, nº 10; Constituição de 1937, art. 122, nº 7; Constituição de 1946, art. 141, § 38; Constituição de 1967, art. 150, §§ 30 e 34; e EC.1/69, art. 153, §§ 30 e 35), tais franquias constituem excelentes instrumentos para a prática da cidadania, apesar da clássica resistência ao seu uso por parte dos agentes do elefante estatal.

Sem o direito de petição e a garantia de obtenção de certidões, a defesa do indivíduo seria capenga, torta e incipiente, pois os processos acusatórios, judiciais ou administrativos, seriam monstros noturnos perante os quais o homem sucumbiria assombrado, mergulhado no angustiante poço da incerteza, reduzido ao mínimo, em profundo estado de medo e de terror.

b) VEDAÇÃO DE TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

“Não haverá juízo ou tribunal de exceção” (XXXVII).

A vedação de juízo ou tribunal de exceção é uma das grandes conquistas da democracia contemporânea. Tal princípio veio proscrever do mundo civilizado o terror dos julgamentos políticos e sumários que borraram tantas páginas da história da humanidade.

A nossa história constitucional, à exceção da Carta do Estado Novo, que foi silente, registra a presença dessa garantia.

No Império, admitiu-se juízos particulares, mas vedou-se o foro privilegiado (Const., art. 179, XVII). Na alvorada da República, embora prevendo juízos especiais, manteve-se a proibição de foro privilegiado (Const., art. 172, § 23). Na Carta de 1934, deu-se maior dimensão literal à regra, vedando-se foro privilegiado e tribunais de exceção, mantendo-se ainda os juízos especiais (art. 113, nº 25).

A partir da Constituição de 1946 (art. 141, § 26) consolidou-se a moldura do princípio que se repetiu nas Cartas de 1967 (art. 150, § 25) e de 1969 (art. 153, § 15), renegando-se foro privilegiado, juízos e tribunais de exceção.

Na verdade, sem essa garantia, o direito de defesa seria expressão vazia, mera figura de retórica, pois no juízo ou tribunal de exceção a palavra do réu tem a força da sombra sobre a escuridão, que em nada altera a imagem das trevas.

Tais juízos contêm a marca obscura da prévia condenação, já incrustadas nas mórbidas cabeças dos que julgam com a alma contaminada pelo medo de perder o posto, pela influência dos gritos da turba ensandecida (mídia) e pelas palavras de ordem do poder político, tal como em Jerusalém antiga.

c) DEVIDO PROCESSO LEGAL

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (LIV).

A observância do **devido processo legal** tem no preceito *by the law of the land* do direito inglês, transposto para a cláusula *by due process of law* do direito americano, a sua origem.

As nossas Cartas anteriores não continham tal regra, embora dispusessem de normas que, de certo modo, indicavam sentido semelhante. A Constituição de 1824 (art. 179, XI) estabelecia que *“ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ella escripta”*. Preceito idêntico foi inserido na Carta de 1981 (art. 72, § 15). Em 1934, repetiu-se o princípio com maior expressividade: *“ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ella escripta”* (art. 113, n° 26). A Carta de Getúlio foi silente. Em 1946, foi incluído preceito semelhante ao de 1934: *“ninguém será*

processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior" (art. 141, §27). A Constituição de 1967 e a sua reedição de 1969, magras em franquias, não trataram do assunto.

Somente a atual Constituição inscreveu, de forma lapidar e abrangente, a cláusula de imperativa observância do **devido processo legal**, preceito de inexcedível magnitude, barreira de proteção contra o arbítrio judicial.

A preciosa cláusula do **due process of law** é, sem dúvida, coluna mestra de sustentação do grande monumento à cidadania corporificado no direito de defesa. Ela constitui, por si só, poderoso instrumento de freio da ação do Estado, abrigo inexpugnável do homem comum, que é titular de direitos irrenunciáveis e inalienáveis, sem a qual o direito de defesa seria asfixiado, desprovido de efetividade.

d) PROVAS ILÍCITAS

"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (LVI).

A vedação de uso, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos é outra norma integrativa do **princípio da ampla defesa**. O tema, não previsto na Cartas anteriores, é valiosa conquista incorporada ao nosso direito constitucional em norma expressa, incrustada no capítulo das cláusulas pétreas, o que a torna imutável e obriga o exegeta (o Juiz) a prestar-lhe todas as homenagens, expungindo da sua visão as imagens produzidas por frutos podres que contaminam a verdade substancial.

Qualquer prova não judicializada, porque não submetida ao crivo do contraditório, é considerada ilícita, imprestável para a formação de juízo de convencimento.

Apesar da norma proibitiva disposta em alta hierarquia, na nossa cultura ainda prolifera com grande desenvoltura velhos hábitos policialescos de colheita de confissão por tortura, tomada a termo nos



porões de delegacias e de penitenciárias em altas horas da madrugada. A tortura, embora combatida com veemência em todo o mundo civilizado (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. V; CF, art. 5º, III; Lei n.º 9.455/97), continuada praticada com grande freqüência em nossos inquisitórios, e agora com mais vigor após a incorporação do imoral instituto da delação premiada, copiada do direito estrangeiro.

Inúmeros outros tipos de prova ilícita continuam presentes no dia a dia forense, tais como a **prova emprestada** (de outro processo), a **escuta telefônica** (realizada antes da autorização judicial), as **buscas e apreensões** em domicílio e local de trabalho (autorizadas por ato judicial subsequente), a **prova colhida por precatória** (sem a prévia ciência do defensor do réu) e outros modelos viciados. Tudo isso são máculas que afrontam o princípio da ampla defesa. São frutos podres que contaminam toda a cesta.

Em repúdio ao uso da prova ilícita, adquire expressão nas melhores cabeças a doutrina dos **“frutos da árvore envenenada”** (*fruits of the poisonous tree*), boa herança da jurisprudência americana, que nega validade de prova derivada de outra prova, esta efetivamente ilícita.

O Supremo Tribunal Federal, em precedente relatado pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, já proclamou essa doutrina, ensejo em que Sua Excelência afirmou, com sabedoria:

“Estou convencido de que essa doutrina de invalidade probatória do fruits of the poisonous tree é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita” (HC nº 69.912-0-RS, Plenário, 16.12.1993, in DJU de 25.03.1994).

e) PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (LVII)

A presunção de inocência entronizada na Carta vigente no altar das garantias constitucionais é, sem dúvida, uma das magnas conquistas que dignificam a nossa ordem jurídica. Desconhecida nas Cartas anteriores, é hoje pedra de toque do sistema processual penal e guarda harmonia com a regra matriz de respeito à **dignidade da pessoa humana**, um dos fundamentos da República. Originária do pensamento expresso no clássico brocardo latino *in dubio pro reo*, encontra-se gravado nos grandes diplomas jurídicos de direito internacional.

Na antiga “**Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão**” de 1789, quando a inteligência humana fez ruir os tempos escuros do Absolutismo, já se proclamava: *“Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”* (art. 9º). No pós-guerra, suavizando as dores da tragédia que dizimou milhões de vida no coração do mundo civilizado, a recém-criada Organização das Nações Unidas elaborou e aprovou a “**Declaração Universal dos Direitos do Homem**”, dela constando no seu artigo 11.1, *verbis*: *“Todo homem acusado de um ato delituoso tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenha sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*. Na sequência desse pensamento afirmativo do ideal de humanismo, outras regras semelhantes foram inseridas na “*Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*” (art. 6.2) e no “*Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*” (art. 14.2). Registre-se, ainda, o cânon inscrito na “*Convenção Americana sobre Direitos Humanos*” (**Pacto de San José de Costa Rica**) do teor seguinte: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”* (art. 8.2).

Essa tendência universal, por certo, deu inspiração à regra introduzida em nossa Carta atual que, infelizmente, não adotou a



expressão “**presunção de inocência**”, optando pela idéia de “**presunção de não culpabilidade**”, circunstância que, parece, esmaeceu a luminosidade do princípio. Tal desvitalização se denota em face do uso exagerado de prisões processuais, muitas vezes fundadas em meros indícios de autoria de fatos de existência duvidosa, veiculados pela mídia por força do abusivo e inconseqüente “**jornalismo de investigação**”.

Esse fenômeno, que nos dias atuais tem assumido incomensuráveis proporções, já fora mencionado por Nelson Hungria, em tempos idos, sob a denominação de **publicidade opressiva** (cf. Antônio Carlos Barandier, *in* “As Garantias Fundamentais e a Prova”, Lumen Juris, Rio, 1997, pág. 3). Por mais que se louve no espaço democrático a liberdade de comunicação (CF, art. 5º, IX), ninguém de bom senso pode negar os escabrosos males que o jornalismo escandaloso tem provocado na destruição de histórias de vida honrada, com efeitos irreversíveis.

A propósito, vale registrar o pensamento de um grande jornalista e escritor primoroso, **Zuenir Ventura**:

“O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas culpadas até prova em contrário” (apud Antônio Carlos Barandier, *op. cit.*, pág. 3).

Essa onda maléfica tem provocado uma **opressão punitiva** que se alastra pelas camadas sociais e amedronta o próprio Judiciário, o guardião constitucional dos direitos e garantias individuais. Os gritos que clamam em defesa de inocentes erroneamente acusados se perdem sem eco e não encontram ouvidos, sufocados que ficam pela trovada da mídia. O combate ao crime, doloroso mal social, não pode constituir-se em epícrise que deteriora as grandes conquistas humanas, como o sacrossanto princípio da presunção de inocência.

f) COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À FAMÍLIA DO PRESO

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (LXII).

No passado, não distante, as prisões, em regra, eram efetuadas nas altas horas da noite para não deixar rastros testemunhais. As pessoas simplesmente desapareciam, eram subtraídas do seu espaço familiar, laboral e social, para desespero dos que ficavam em casa. Em nome do Poder de Polícia, praticavam-se atrocidades contra pessoas, muitas vezes inocentes.

O preceito que obriga a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz e à sua família é imperativo do respeito à dignidade da pessoa humana e abre espaço para o pronto exercício do **direito de defesa**.

Na Carta do Império (art. 179, VIII), a comunicação da prisão deveria efetuar-se *“dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão”* e *“o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao nome do Réo o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”*. Na Constituição inaugural da República (1891), semelhante preceito foi estabelecido no art. 72, § 16 (entrega da nota de culpa ao preso em vinte e quatro horas, assinada pela autoridade competente). Em 1934, foi instituído que *“a prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente”* (art. 113, nº 21). No Estado Novo (1937), o tema foi excluído. Em 1946, repetiu-se a regra de 1934 (art. 141, § 22). A mesma garantia, com texto idêntico, constou da Carta de 1967 (art. 150, § 12) e da EC.1, de 1969 (art. 153, §12).

Todavia, em nenhuma das nossas Constituições passadas constava o dever oficial da comunicação da prisão **à família do preso ou à pessoa por ele indicada**, como previsto na Carta vigente. Tal

providência consubstancia um grande passo na afirmação e na efetividade do direito de defesa.

Na verdade, a mera comunicação dos motivos da prisão por nota de culpa entregue ao réu ou por ofício ao Juiz não significa real possibilidade de combate a uma prisão ilegal ou a uma injusta acusação. Encarcerado, sem contato com o mundo exterior, de nada valerá para o réu a posse da nota de culpa. E a comunicação ao Juiz, na prática, não importará em imediata correção da eventual ilegalidade, considerada a nossa arraigada cultura do ***ne procedat judex ex officio***. Daí a grande importância da cláusula de obrigatória ciência da prisão *“à família do preso ou à pessoa por ele indicada”*, abrindo-se, com tal providência, espaço para o exercício pleno do direito de defesa.

g) DIREITO AO SILÊNCIO

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (LXIII).

Dentre os direitos do preso inseridos na Carta Política de 1988 merece realce o **direito ao silêncio**, consubstancial ao direito de defesa, peças sincronizadas de um mesmo mecanismo. Ao proclamar em seu art. 5º, LXVII, que o preso tem o **direito de permanecer calado**, o nosso Estatuto Fundamental, de modo inédito, já que as Cartas anteriores não continham tal preceito, entra em sintonia com toda a ordem constitucional do Mundo Ocidental, capitaneada pelos Estados Unidos desde a edição da Quinta Emenda.

Essa garantia foi objeto de preciosa análise por **William O. Douglas**, Juiz da Suprema Corte, de onde se extrai a seguinte passagem:

“A Quinta Emenda estipula que nenhuma pessoa ‘será compelida, em qualquer caso criminal, a servir de testemunha contra si própria’. O direito de um acusado de negar-se a depor foi considerado tão importante por nossos ancestrais que eles o elevaram à dignidade de garantia constitucional.”

E em trecho seguinte, cita Slochower em lição lapidar:

“O privilégio contra a auto-incriminação seria reduzido a uma farsa vazia se o seu exercício pudesse ser considerado como equivalente a uma confissão de culpa ou uma presunção conclusiva de perjúrio” (“**Uma Carta Viva de Direitos**”, IBRASA, São Paulo, 1963, pág. 54).

Apesar da magnitude de tal garantia, a nossa cultura inquisitória, impregnada não só nas delegacias de polícia, mas também em muitas cabeças judicantes, ainda não absorveu o princípio do **direito ao silêncio**, certamente por força do velho hábito preconizado na antiga redação do art. 186, do CPP – antes da reforma introduzida pela Lei nº 10.792/2003 –, que proclamava que o silêncio do réu poderia “**ser interpretado em prejuízo da própria defesa**” (sic). Ora, se o legislador ordinário demorou quinze anos para adaptar a norma regente do interrogatório do réu ao comando constitucional, certamente teremos que esperar pelo decurso de igual período para adaptar as cabeças dos agentes do Estado.

O respeito a essa garantia deve ser entronizado definitivamente em nossa cultura. O **direito ao silêncio** assegurado ao acusado se contrapõe aos degradantes costumes de passado não distante – presente ainda em muitos espaços – em que os instrumentos de tortura eram de uso comum para extrair “confissões”, em regra, obtidas quando os limites da dor humana atingiam o ponto extremo. Essas ignominiosas práticas, espectros sombrios que sempre tisonaram páginas e páginas da história dos povos, devem ser radicalmente expungidas do cenário da vida, para que prevaleçam, acima de qualquer política criminal, os valores que se traduzem em afirmação da dignidade da pessoa humana.

h) IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELA PRISÃO

“O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (LIV)

Uma outra garantia constitucional assegurada ao preso que se situa no campo de vitalização do **direito de defesa** é a **identificação dos responsáveis por sua prisão e por seu interrogatório policial**. É preceito inédito em nossa história constitucional. As Cartas de 1824 (art. 179, VIII), de 1891 (art. 72, § 16) e de 1946 (art. 141, § 25) previam apenas que da nota de culpa constasse os nomes do acusador e das testemunhas, nada dispondo sobre a identificação de quem efetuara a prisão. As Constituições de 1934, 1937, 1967 e 1969 ignoraram por inteiro o assunto.

A exigência em destaque, além de significar providência integrativa do **efetivo exercício do direito de defesa**, evitando abusos policiais no ato de prisão ou durante o interrogatório na fase inquisitiva, é também de alta importância preventiva para que ao preso seja assegurado o respeito à sua integridade física e moral.

i) A DEFESA DOS POBRES

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (LXXIV).

Por último, impõe-se o registro da garantia de **assistência dos necessitados em juízo**, certamente a mais significativa nesse espectro de franquias que confere efetividade ao direito de defesa.

A promessa é antiga, desde a Carta de 1934, que em seu art. 113, n.º 32, dispunha: *“A União e os Estados concederão aos necessitados assistência, criando, para esse efeito, órgãos especiais...”*. Na Constituição de 1946 foi estabelecido que *“o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”* (art. 141, §35).

No período militar, tanto a Carta de 1967 (art. 150, § 32) como a Emenda n.º 1, de 1969 (art. 153, § 32) consignaram que *“será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”*.

O primeiro sinal de efetivação desse preceito veio com a edição da Lei nº 1.060/50, que embora de modo insipiente, inaugurou essa conquista democrática de alta significação.

Na era presente, marcada por profundas desigualdades sociais provocadas por uma exuberante concentração de renda e um aumento progressivo da miséria, a presença do advogado público no foro é providência irrenunciável, porque dela depende a eficácia da magna garantia da defesa plena para cerca de, de mínimo, 65% da comunidade nacional.

O constituinte de 1988 conferiu ao tema alcance maior, prometendo *“assistência jurídica integral e gratuita”* aos insuficientes de recursos (art. 5º, LXXIV), instituindo a Defensoria Pública, qualificada como *“essencial à função jurisdicional do Estado”*, e programando a sua organização (arts. 134 e 135).

Regulamentado tais preceitos, foi editada a Lei Complementar nº 80/94, estruturando o Órgão e dispondo sobre sua vida funcional.

E por último, veio a lume a Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004, conferindo autonomia às Defensorias Públicas Estaduais.

Todavia, as providências adotadas pelo Poder Público para efetivação desse preceito são pálidas e tem mais a aparência de meras amostras, seja no âmbito da União, seja na esfera dos Estados.

A questão, na verdade, permanece no campo das promessas.

Sem a reestruturação das Defensorias Públicas junto aos diversos órgãos do Poder Judiciário continuar-se-á como no passado, no tempo da Lei das Doze Tábuas, na Roma Antiga, da Lei das Sete Partidas, na Espanha do Século Passado, e das Ordenações Portuguesas, épocas em que as sanções penais variavam em razão da condição social do acusado.

Sem o advogado público para o réu pobre, a Justiça Penal será sempre capenga, o direito de defesa será figura de retórica.

Se a lei deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune, como proclamado na Declaração dos Direitos, de 1789, deve o Estado assegurar a efetividade desse dogma, sob pena de voltarmos aos tempos anteriores ao Iluminismo.

Em quase três lustros de Judicatura em dois tribunais federais (TRF/ 1ª Região e STJ), sempre no exercício da jurisdição criminal, não me recorde de nenhuma oportunidade de uso da tribuna por defensor público pugnando por réu pobre.

Esse fenômeno parece ser universal.

O advogado americano Reginald Heber Smith já afirmava em 1919:

“Justiça é só para os que podem pagar”.

O Senador Robert Kennedy, quando em 1964 exercia o cargo de Procurador Geral, afirmava que os advogados deviam assumir a responsabilidade em face da existência de dois sistemas de direitos – um para os ricos, outro para os pobres.

E quando se fala em direito constitucional de ampla defesa não se pode virar as costas para o relevante tema da defesa dos pobres. A nossa insensibilidade diante do assunto é, por certo, um dos fatores responsáveis pelo elevado percentual de presidiários pobres.

É sempre relevante trazer à luz os cânones entronizados **no Pacto de San José de Costa Rica** – incorporado ao nosso sistema constitucional, **ex vi** do art. 5º, § 2º, CF –, que assim dispõe sobre o assunto:

“Art. 8º - Garantias Judiciais

...

2 – Toda pessoa acusada de delito tem direito (...), em plena igualdade, às seguintes garantias:

...

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado...”

A comunidade comprometida com uma ordem jurídica justa aguarda que o Estado promova, de modo eficaz, o cumprimento dessa tão importante garantia. Anima-nos, sobretudo, a notícia de criação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, organização não governamental que tem dentre seus fundadores o emérito jurista Márcio Thomaz Bastos, hoje titular do Ministério da Justiça.

IV. - O SISTEMA E SUAS PERSPECTIVAS

Por essa retrospectiva das nossas Cartas de Princípios pode-se avaliar a evolução do sistema de garantias no campo específico do **direito de defesa**. A partir da Independência, com a Carta Imperial, aperfeiçoando com a República e sofrendo retrocessos no Estado Novo e no Regime Militar, o modelo de franquias sempre se situou em patamar civilizado, com os olhos focalizados no magno ideal de respeito à pessoa humana.

O brilho dos cânones poderia fazer visualizar o caminho para a prometida construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O homem é o centro de todas as coisas, é o destinatário de todos os valores, assim como proclamou o Criador, no momento primeiro: *“Eis que eu vos dou toda a erva que dá semente sobre a terra e todas as árvores frutíferas (...) para que vos sirvam de alimento” (Gênesis, 1, 29)*.

Todavia, a caminhada entremostra-se pontilhada de pedras e de espinhos. Vivemos ainda sob o modelo legal de um Código de Processo Penal elaborado sob a inspiração de um regime de alma fascista, em

muitos pontos em patente confronto com os altos princípios inseridos no capítulo das franquias democráticas.

Na verdade, a Constituição de 1937, embora tenha contemplado um rol de garantias na linha da nossa tradição democrática (art. 122), reduziu o alcance do direito de defesa, nominando-o de *“necessárias garantias de defesa”*. Além disso, engessou-o logo a seguir com esse preceito : *“O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado...”* (art. 123). E foi neste espaço de graves restrições que nasceu o Código de Processo Penal, obra de um só punho, marcada pela ausência de ordem lógica na disposição dos institutos e impregnada de uma doutrina que põe em relevo os atos de natureza inquisitiva e de coerção do réu.

O debate doutrinário que pugna pela perda da vitalidade jurídica de velhos preceitos codificados não tem encontrado receptividade na jurisprudência. O fenômeno é creditado, quase sempre, à alegada necessidade de conter o avanço da criminalidade, tomando corpo uma política judicial nominada de **“movimento da lei e da ordem”** que manifesta extremo rigor punitivo, sem grande apreço pelos direitos do réu. E nessa derrocada jurídica, desencadeada de forma expressiva sob o pretexto de repressão à delinquência, passa-se a perder o respeito pelo indivíduo. É o que se chama de ocaso do Direito.

O processo penal é o instrumento público em que se desenvolve o direito de defesa e este deve ser concebido de modo substancial e não meramente formal. Daí porque apresenta-se intolerável que esse processo penal continue a reger-se por cânones que já não guardam sintonia com os grandes avanços entronizados na Carta Magna de 1988.

V - O DIREITO DE DEFESA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A reforma do Código de Processo Penal caminha a passos lentos. Repelindo a idéia de elaboração de um novo diploma, optou a comissão de juristas constituída para renovar o nosso sistema por alterações tópicas, elaborando vários projetos, que perambulam pelo Congresso Nacional.

Sem qualquer pretensão de discurso crítico, creio, entretanto, que a nova ordem constitucional, pela magnitude que conferiu à dignidade da pessoa humana e ao direito de defesa, está a exigir uma reforma mais abrangente e de maior conteúdo, modificando visivelmente velhos preceitos e expurgando muitos outros que refletiam a mentalidade inquisitória e a política de prévio encarceramento do réu sem culpa formada, marcas do pensamento estadonovista.

O limitado espaço deste estudo não permite que se realize uma plena radiografia do nosso projecto CPP e os seus desencontros como o nosso rol de franquias, em especial com o direito de defesa. Alguns enfoques, a título de ilustração, podem ser anotados, porque sumamente visíveis.

a) O DIREITO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Consolidou-se entre nós o dúbio conceito de que o inquérito policial é um procedimento de natureza informativa, de carácter inquisitivo e, por isso, no seu curso não há a exigência do contraditório. Nada mais temerário e mais agressivo ao **direito de defesa** do que essa míope concepção. Tem-se, com essa absurda visão, uma autêntica privatização de uma atividade pública, situada no puro campo do arbítrio, sem efetivo controle, susceptível de produzir provas definitivas, como o corpo de delito, documentos, perícias, sempre utilizados para embasar sentença condenatória, tudo produzido sem a intervenção da defesa do réu.

Impõe-se frisar, ademais, que no curso do inquérito policial podem ser ordenadas buscas e apreensões (CPP, arts. 240/249),

seqüestro de bens (CPP, arts. 125/132), quebra do direito à intimidade pela investigação da vida pregressa (CPP, art. 6º, IX), prisão temporária (Lei n.º 7.960/89), prisão preventiva (CPP, art. 312), ordem de incomunicabilidade do indiciado (CPP, art. 21), atos estes sempre realizados de surpresa, sem possibilidade de exercício do direito de defesa.

b) O DIREITO DE DEFESA NO CURSO DA AÇÃO PENAL

É no curso da ação que há de se assegurar, em toda a sua plenitude, o direito de defesa.

O ordenamento infraconstitucional codificado apresenta alguns pontos que merecem reflexão. A regra do art. 396 do CPP, ao escrever *“apresentada ou não a defesa”*, autoriza a consolidação da tese de que a defesa prévia é uma faculdade e não uma providência indispensável à formação do processo. Este é um caminho de pouca luz. Sem defesa prévia, imperativa para a composição do contraditório, ter-se-á uma instrução criminal coxa, capenga, manca, caminho certo para condenações injustas.

A mesma crítica deve ser feita aos arts. 499 a 502, do CPP. O prazo de 24 horas para a defesa requerer diligências no término da instrução, o qual tem curso em cartório independentemente de intimação, resulta imprestável e implica, na prática, cerceamento de defesa.

Também merece repulsa a idéia consagrada na alta jurisprudência de que a falta de alegações finais não acarreta nulidade. São posições embasadas em regras propectas que, verdadeiramente, não sobrevivem ao lado da sacrossanta garantia da ampla defesa.

c) O DIREITO DE DEFESA NA FASE RECURSAL

Também não guardam harmonia com o princípio constitucional em estudo diversas outras regras do CPP que a jurisprudência dos Tribunais insiste em mantê-las vivas. Dentre elas, merecem destaque o



art. 594, que não admite a apelação do condenado reincidente e sem bons antecedentes sem prévio recolhimento à prisão, e o art. 595, que considera deserta a apelação se o réu empreende fuga após interposto o recurso. São disposições que causam grave ofensa ao pleno exercício do **direito de defesa**.

Na moldura legal disposta nos dispositivos mencionados não se tem como efetivamente assegurado o exercício da **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes. Sem defesa prévia formulada com pleno rebate à peça de acusação – e nesta fase é relevante a interação da autodefesa (versão do réu) com a defesa técnica –, sem a presença participativa do advogado do réu no sumário, sem a real oportunidade de requerer diligências, sem o debate longo e exaustivo da prova em confronto com a acusação materializado na peça de razões finais, sem a submissão da sentença condenatória ao segundo grau de jurisdição, sem tão imperativas providências não há **defesa plena**. Ter-se-á, no máximo, uma defesa formal, apenas para atrair a incidência da Súmula 523, do Excelso Pretório (*“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”*) no que ela tem de prejudicial ao réu.

Enquanto tiverem vigor diversas disposições retrógradas do velho Código de Processo Penal, nascido em tempos em que imperavam princípios sumamente diferentes dos que iluminam os dias atuais, estaremos em absoluto descompasso com a nossa era constitucional, em especial no concernente ao direito de defesa e a outras garantias que lhe são imbricadas.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos tempos de freqüentes convulsões sociais, alardeadas com sabor pela mídia. Ora são violentos choques entre trabalhadores sem terra e proprietários de fazenda; ora são conflitos entre pessoas sem teto e donos de imóveis urbanos invadidos; ora são dolorosas rebeliões nos



presídios, com cruéis sacrifícios de muitas vidas; ora são batalhas de rua entre grupos de traficantes que dominam bairros e favelas; ora são ondas de assaltos praticados à luz do dia, fatos estes que deixam a sociedade em estado de estupefação. São fenômenos de um tempo de crise, que tem a sua matriz na questão social: a fome, o desemprego, a falta de moradia, o êxodo rural, o inchamento humano na periferia das megalópoles, a falta ou deficiência de serviços públicos essenciais, o sentimento de injustiça que oprime legiões de excluídos em face da concentração de riquezas, a falta de expectativa e de esperança na mente de uma juventude sem rumo, quadro este que desemboca na vala escura da criminalidade.

Não se pode remediar ou curar esses males com arrocho policial, com programas de justiça, com leis que agravam penas, com desprezo aos direitos fundamentais e às conquistas do Humanismo.

As esperanças da humanidade na alvorada desse Milênio situam-se na realização do sonho da paz. E esta só é possível se fundada numa ordem social que seja estruturada naquelas velhas e eternas balizas da **liberdade**, da **igualdade**, e da **fraternidade**. Do consórcio desses valores emanam todas as luzes que tem como destinatária a **pessoa humana**.

O constituinte de 1988, ao elaborar a nossa Lei Magna, deu forma e consistência a esses valores, numa preciosa lista de princípios que devem ser conhecidos, ensinados, obedecidos, divulgados e praticados com verdadeira devoção.

Dentre tais princípios, colocou-se em pedestal neste singelo estudo o **direito de defesa** na perspectiva do processo penal por ser, dentre as demais garantias, aquela que tem por máxima o resguardo da dignidade da pessoa humana em face do ***jus puniendi***, o mais vigoroso instrumento impositivo do Estado.

O exame da evolução dos cânones nas diversas Cartas é interessante na demonstração das conquistas democráticas ao longo da nossa história constitucional, que superaram retrocessos e avançaram na efetiva construção de um dos mais belos monumentos em homenagem ao Estado de Direito.

O registro sintético de outras garantias teve por objetivo apresentar a significativa integração de diversos dogmas refletores de uma mesma idéia protetora.

Todavia, a efetividade dessa suprema garantia exige uma profunda reconstrução em vários espaços da vida nacional, seja na reformulação legislativa infraconstitucional, seja nas idéias e costumes dos agentes públicos – Polícia Judiciária, Ministério Público e Juízes -, seja na mentalidade dos que fazem a mídia, seja no pensamento das elites formadores de opinião.

O direito de defesa não pode ser objeto de concessões. Ele é parte irrenunciável da honra do homem. A negação desse direito provoca a revolta e a violência, instaura a insegurança e o medo, causa o erro e a injustiça, agride a cidadania e a dignidade humana, frustrando, em suma, o ideal de paz, este ideal que é a suprema aspiração de todos os povos, em todas as épocas, traduzido em todas as saudações, desde os tempos de Jesus Cristo.

Brasília, abril de 2005.